

网络平台内容治理的公法规制

李延枫*

摘要：网络平台权力在网络言论自由领域具有赋权和控制两种权力形态。内嵌于“服务协议”中的网络平台权力逃逸了与公权力相伴相生的权力监督体系，由此产生权力的肆意性，如对政府网络信息监管行为缺乏有效法律制约，对网络平台过度限制公民网络表达自由缺乏合理救济等。与“国家行为”理论相比，“基本权利第三人间接效力”理论更适合作为将公法引入网络平台与用户间内容监管法律关系的理论依据。从将基本权利第三人效力理论应用于网络信息内容公私法混合治理的实践方式看，可在互联网服务协议中引入公法的实体正义价值和程序正义价值，从而既对网络平台行为进行公法约束，又可防止公法对私法的不当干预。

关键词：网络平台权力；网络言论自由；网络信息服务协议

从网站论坛、博客到微博、微信再到网络视频、网络直播，这些日益丰富发达的网络信息传播技术手段，以开放、平等、协作、分享的技术特点，让每一位网络用户得以实现海量信息无时间间隔、无空间局限的实时交互交流。网络用户不仅成为信息的接收者和传播者，更为重要的是，借助新媒体技术所具有的高度参与性，网络用户还可以自己生产并分享信息内容，实现“点到面”的自主传播。这种技术便利性推动了公民自由言论在网络空间的空前活跃。

为网络信息传播提供网络架构和技术保障的网络平台，是网络言论自由得以实现的关键节点，其凭借技术和信息优势，既在信息生产与传播方面赋权于网络用户，又在为海量信息提供传输、虚拟主机服务和信息索引服务过程中，对各种形式的言论施加强大的影响力和控制力。一些大型网络平台凭借技术和信息优势，对网络用户已经具备单方面影响其权利行使和行为选择的能力，产生了具有公权力属性的网络平台权力。但是，网络平台作为市场经济下的私法主体，享有不受公权力不当干预的经营自主权和商业自由。且网络平台权力并不像公权力一般，

* 作者简介：李延枫，中国社科院信息情报研究院副编审，法学博士。

来源于法律规定或有权机关授权，而是大数据和互联网技术推动下网络服务平台化的结果，因而无法运用立法控制、程序保障和司法审查等防止公权力滥用的行政法手段对其进行法治规制。因此，如何在理论上科学界定网络平台权力形态，厘清网络平台内容治理中“个人—平台—国家”三元主体的相互关系，并在充分尊重网络平台的经营自由的同时，把网络平台权力关进“制度的笼子”，保证网络平台权力的正确行使，形成多元共治、民主参与的网络内容治理秩序，已经成为网络空间治理、甚至是国家治理中重中之重的关键问题。

一、网络言论自由视角下网络平台权力形态

进入互联网时代，网络平台取代传统媒体，成为各类言论表达的主要场域，开辟了言论自由的新渠道。互联网所具有的迅捷、低成本、隐匿、开放、互动的技术特点，极大地降低了言论表达的门槛，大为拓展了言论自由的广度和深度，促进了空前活跃的网络表达。但是，网络平台在为网络言论自由赋权的同时，基于其技术和资源优势，出于获取商业利益、降低违法成本、规避违法责任等动机，也可以采取各种技术措施，对网络信息内容进行直接规制，对网络言论自由加以单方面的限制。因此，网络平台在网络言论自由领域具有赋权和控制两种既相互对立又共生在同一网络平台主体中的两种权力形态。

网络平台在网络言论自由方面的赋权形态可分为三个方面。一是互联网帮助个人言论摆脱对传统媒体的依赖，直接传播至其受众，并以由点及面的传播方式大幅增加个人言论可及的受众规模，从而极大增强个人言论的传播力和影响力。有了互联网这个强大的传播“放大器”和“扩音器”，个体的能动性可以转化为集体行动，从而为网络上甚至现实中的社会运动提供巨大的动员力和行动力。尤其是活跃于各大社交平台的网络意见领袖，掌握着更大的网络话语权和影响力，其个人言论能够掀起并左右网络舆论事件的走向，如2016年的“魏则西事件”和“雷洋事件”在网络空间引发网民热烈讨论，其背后就有网络意见领袖的推动作用。网络意见领袖不仅影响网络舆论，还能引领新的网络消费方式和新经济模式，如“粉丝经济”。在特殊情况下，聚合起来的网络言论甚至可引发国家政权的动荡，如2010年在西亚北非发生的政治动荡，就起源于通过脸书和推特等社交媒体发起的政治动员“阿拉伯之春”。二是网络平台，尤其是网络社交平台通常提供用户友好型的技术设计模式，确保具有较低或中等技术素养水平的用户能够参与网络公共讨论。4G技术的广泛应用，使得互联网技术与移动通信技术相结合，推动传统互联网向移动互联网发展。移动互联网具有移动便捷性，用户可随时随地接入互联网获取信息、创造信息并分享信息。移动互联网的蓬勃发展，还大为增加了社交平台间的交互性，用户获取或自己生产的信息内容可以在微博、微信等多个社交平台与好友分享、评论。同时，社交平台还不断改进社交媒体技术，如增加语音、手写输入模式，引入带记忆功能的拼音输入法等，尽量降低用户使用社交平台所需的技术门槛，增加社交平台的可及性。三是个人在网络内容生产中扮演着愈来愈重要的关键角色。传统媒体下，新闻内容主要由拥有大量新闻工作者的专业新闻机构提供，小型业余文化产品，如照片、视频、自拍等，尚无法得到体系化传播和共享。进入自媒体时代，用户既是内容传播者，也是内容生产者，而微博、今日头条、抖音、推特等社交平台，不仅发挥着平台媒体功能，还是可以自由进行内容生产、编辑、共享、评论的以用户为中心的自媒体聚合平台。而且，这些网络平台利用自媒体内容的巨大关注度和不断增加的用户黏度和忠诚度，对自媒体平台进行商业化运营，如嵌入网络广告、向客户推送商业信息等，保证平台免费使用模式可持续。

表面上来看,网络平台借助信息传播技术极大地彰显和释放了网络用户言论自由的行使和实现,但是,这种促进网络表达的推动力也容易转化为对网络言论的审查。有学者甚至称,网络平台“也许天生就是用户言论的审查者”。〔1〕言论自由作为宪法上的一项基本权利,属于消极的防御性权利,以防范政府公权力的干预和侵犯为首要任务。在传统媒体时代,“街头发言者”式的言论自由在“个人—政府”的二元对立模式中得以实现。而互联网出现后,公民言论和表达的主渠道和主平台已经转到以自媒体为代表的网络平台,“个人—政府”的二元主体模式中出现了第三主体——网络平台。虽然政府因不完全掌握网络信息传播技术、渠道和用户数据,无法运用现实世界的法律对网络空间表达进行直接规制,只能借助掌握着网络空间规制工具——代码的网络平台进行间接规制。有学者把这种网络内容治理称为“委托治理”(delegated governance)。〔2〕在这种“委托治理”中,政府虽退居网络信息审查的幕后,但为了强化其对网络空间表达的治理角色,通过大量的法律法规为网络平台设置网络信息审查责任,对网络信息服务实行行政许可制,甚至直接对网络平台发布行政命令,要求其屏蔽政府禁止访问的网站、过滤政府认定的敏感词汇、协助政府确认违法信息发布者的身份信息、协助删除违法信息并对信息发布者采取技术惩罚措施。可以说,以网络平台为中介进行网络表达的政府规制,具有简便、高效、隐蔽等优势,可以避免政府与言论发布者之间的直接冲突,缓解官民矛盾。

而网络平台成为网络信息审查的直接规制者,为了继续从事需政府许可的互联网服务、避免因违反法律法规对其设定的信息审查义务而承担法律责任,也为了获得与政府合作带来的经济利益,其兼具网络信息审查的压力和动力。运用对网络表达所具有的先天技术控制权,其能够轻易地帮助政府实现对网络空间舆论场的全景式治理。因此,网络信息内容的公私法混合治理已经成为控制公共话语的新模式。在自媒体时代,对言论自由最大的威胁不是政府试图对用户生产的内容进行审查和过滤,而是政府与商业网络平台合作进行用户内容管理。2010年的维基解密事件就是政府借助网络平台对网络表达进行规制的典型案例。2011年1月,美国司法部组建大陪审团调查维基解密事件,要求著名社交平台推特提供与维基解密相关的“所有记录”,并不准向任何人泄露此次调查活动。推特虽然成功拒绝执行了关于维基解密的联邦禁言令,但在穷尽所有上诉途径后,推特最终被迫将维基解密的有关数据提交美国司法部。在我国,《网络安全法》和大量关于网络信息内容的行政法规和部门规章中,网络平台企业对在其平台上生产和传播的网络内容所具有的审查义务和法律责任,都占有相当大的比重。而近年来互联网信息内容监管执法部门开展的多次整治网络不良信息的“净网”专项行动,也主要依靠网络平台企业采取删除、封号、屏蔽等技术手段和措施予以配合。

网络平台对网络空间表达拥有绝对技术控制权,既能决定某些信息能被网络受众接收,也能让另一些信息无法传达至受众,从而左右网络舆论的走向。网络平台所具有的算法推荐、置顶、加精、热榜、热搜、搜索排名等技术权限,可以将某些特定信息从互联网海量信息中脱颖而出,获得用户的优先浏览权,从而占据用户先入为主的思维资源,并传达网络平台认可并意图传输的价值共识和观念体系。网络平台在引导用户关注点方面所具有的技术垄断权因缺乏有力的外部监督制约,易成为平台谋取不正当利益的寻租工具。例如,滥用各种技术权限,生产、传播、强化有利于相关利益主体的网络内容,类似于传统媒体下的有偿新闻,但具有更大的隐秘性和更广泛的传播影响力。再如,部分搜索引擎平台利用网络用户对自然搜索结果客观

〔1〕 参见陈道英:《ICP对用户言论的法律责任——以表达自由为视角》,载《交大法学》2015年第1期。

〔2〕 See Jonathan Peters, Brett Johnson, *Conceptualizing Private Governance in a Networked Society*, 18 North Carolina Journal of Law & Technology 15, 32 (2016).

公正性的信赖利益，对付费搜索广告不加以显著标识，而是混同于自然搜索结果，甚至置于自然搜索结果之上，给虚假广告以可乘之机。2016年成为网络舆论热点的“魏则西事件”中，21岁的大学生魏则西被百度搜索结果误导，前往一家非正规医院就诊导致死亡。直到2016年国家网信办颁布《互联网信息服务搜索服务管理规定》后，搜索引擎平台才醒目区分自然搜索结果与付费搜索信息，并对付费搜索信息加以显著标识。

与此同时，网络平台还可利用其对注册用户言论所具有的后台管理和编辑权限，有选择性地过滤、删除某些网络信息，对用户投诉和举报的处置也具有极大的自由裁量权。网络平台屏蔽、删除用户言论所依据的服务协议属于“标准”而不是“规则”。规则相对简便易执行，几乎没有自由裁量权，虽然规则本身也存在分歧和冲突，但司法救济可在一定程度上弥合这些冲突。而标准通常含糊不清且具有开放性，决策者执行标准时易任意妄为或带有偏见。^{〔3〕}网络平台拥有的网络言论把关权自由裁量空间巨大，且缺乏有力外部监督和司法救济，一旦被滥用，将对用户的言论自由、知情权和舆论监督权构成极大限制和干预，扰乱健康有序的网络生态。网络平台的删帖行为可分为三种类型。一种是出于维护公共利益的需要，依据网络安全方面的法律法规或行政规章的规定，删除不符合“七条底线”和“九不准”的网络信息。这种类型的删帖行为具有明确的法律规则依据，具有维护公共利益和互联网健康秩序的正当性。另一种删帖行为出于行政利益的需要。在网络空间出现涉及公权力部门及其官员的负面评论时，为维护所谓“政府形象”和官员的名誉，对网络平台施加行政压力，对涉及公权力的批评性言论进行屏蔽、过滤。这种类型的删帖行为如果将网民正常的意见表达进行不当删除，导致网民的负面情绪无法得到合理释放，易激化官民矛盾，危及社会和谐稳定。同时，批评建议言论在网络空间被压制，也阻碍了网民对公权力的行使开展舆论监督，将使权力滥用和贪污腐败变得有恃无恐。还有一种删帖行为是受商业利益的驱动。如一些网络公关公司将部分企业、个人维护良好的网络声誉的需求和网络平台具有的言论控制权视为商机，运用网络舆论监测软件和人工搜索，检测出有关客户公司的负面言论，并应其要求，联系具有删帖权限的网络平台工作人员对相关负面言论进行屏蔽，以此牟利或达到其他目的。网络有偿删帖造成网络信息传播扭曲而失真，一些事关公众利益的真相被掩盖，有可能给公众人身、财产造成损害，同时也易造成企业间的不正当竞争，扰乱正常的市场经济秩序。

二、内嵌于“服务协议”中的网络平台权力规制难题

网络舆论生态治理任务复杂严峻而政府力有不逮，网络平台企业却能对网络言论自由施加巨大影响力，这成为政府寻求网络平台商协助规制网络信息内容的重要驱动力。但与传统媒体时代不同，作为信息生产和传播“管道”掌握者的网络平台企业是私主体，与网络监管和执法部门并不存在行政隶属关系或经济控股关系，网络监管和执法部门无法通过事前许可加事后审查的行政手段，对网络空间中的有害内容进行直接高效的监督和治理。因此，在网络媒体时代，传统的由行政执法部门行使的传媒监督管理权在网络实践中已经主要由网络平台企业代为行使。在理论上，有学者将这种私主体行使公权力的行为称之为“私人规制”，即“虽然在性质上是私主体，但是其制定规则、标准，实施监督和惩戒的行为，具有客观‘公权力’的效

〔3〕 See Kate Klonick, *The New Governors: the People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 Harvard Law Review 1598, 1631 (2018).

果”。〔4〕但在法律上,这种“权力代为行使”行为尚无法找到正当性依据。网络平台商既未获得法律的明确授权直接取得行政主体的法律资格行使网络内容审查权,也未获得行政机关的授权或委托以其名义行使相应网络信息内容管理权限。

法律实践的超前发展倒逼立法进行变革。为了更好地利用网络平台加强网络信息内容审查,为网络平台行使相应监管权提供法律正当性基础,各国纷纷致力于通过立法的形式给网络平台商设定网络信息内容审查的法定义务。即使是奉行“网络中立”原则多年的美国,也形成了由宪法第一修正案、联邦成文法、专门法、司法判例、州立法、国际法等组成的完备的网络内容监管和治理法律体系,其中网络运营商和网络平台服务商的信息审查义务始终贯穿其整个网络法律体系。〔5〕其他国家的网络立法,无论是采取统一立法模式还是分散立法的方式,网络服务提供商的信息审查过滤义务和责任都构成其立法的重要组成部分。我国为了充分利用网络平台高效、便利识别、过滤和处理不良信息方面的优势,以《网络安全法》为基本法,根据互联网平台不同业态特点,构建了以平台义务为主体的互联网法律规制体系。在这一规制体系中,平台信息内容审查的行政法义务从事后协助义务不断扩充至事前审查和事中监管义务。如果网络平台商未按照相关法律法规要求履行法定义务,就需要承担相应的法律责任。

以立法形式课以网络平台商普遍、主动的网络信息内容审查义务,实现了将网络内容的行政规制职责从公权力主体向私权力主体转移。但与行政职责对等统一的内容审查行政职权,仍然无法通过有效的法律机制赋予网络平台商。传统行政法下的行政授权、行政委托、行政民营化都不足以适用于平等主体一方以自己的名义对另一平等主体行使行政职权并承担相应责任的特殊情形。对于政府与网络平台商在信息内容监管方面的合作规制实践,有国外研究者称之为新型的公私合营(PPP)。〔6〕在自媒体时代,网络平台商也无法如传统媒体机构一般,借助雇佣关系或媒介资源的垄断地位,对所聘记者或使用其媒体平台发表言论的作者,进行“三审三校”的信息把关。对于这种在公法义务压力下、私主体对独立的言论发布者进行的信息审查,国外不少研究者称之为“附属审查”(Collateral Censorship)。〔7〕未被赋予行政职权的网络平台商在信息内容审查方面与网络用户发生权利义务关系的法律载体,只有其与用户签订的“服务协议”“用户协议”,这些协议在法律性质上是平等主体之间签订的互联网服务合同,属于私法调整的范畴。为了履行相关互联网立法施加于网络平台企业的行政义务,避免承担相应的公法责任,网络平台商只有将其应承担的内容监管义务,直接规定在与用户签订的表现形式为“服务协议”的格式合同条款中,才能为平台商对用户信息实施监管提供法律依据。仅通过浏览或点击“用户协议”或“服务协议”,用户与网络平台商之间的互联网信息服务合同即视为生效,由此产生的一切争议纠纷将依据这一民事合同予以解决。民事合同应遵循意思自治原则,基于双方真实意思表示而成立,但在互联网信息服务合同中,用户无法就合同条款与网络平台商进行协商,只能全盘接受,否则将无法使用网络信息服务。

〔4〕 胡斌:《私人规制的行政法治逻辑:理念与路径》,载《法制与社会发展》2017年第1期。

〔5〕 参见刘恩东:《美国网络内容监管与治理的政策体系》,载《治理研究》2019年第3期。

〔6〕 相关研究参见 Niva E. Koren, Eldar Haber, *Governance by Proxy: Cyber Challenges to Civil Liberties*, 82 *Brooklyn Law Review*105, 105-149 (2016).

〔7〕 相关研究可参见 Jack. M. Balkin, *Free Speech and Hostile Environments*, 99 *Columbia Law Review*2296, 2296-2305 (1999); Jack M. Balkin, *Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds*, 90 *Virginia Law Review*2095, 2095-2098 (2004); Felix T. Wu, *Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity*, 87 *Notre Dame Law Review*293, 293-350 (2013).

通过互联网服务格式合同，网络平台商将其承担的网络监管行政义务转化为合同义务，从而突破公私法之间的传统藩篱，以私主体的身份，对公民网络言论自由这一宪法性权利进行直接规制。在这种网络内容监管新格局中，用户处于明显的相对弱势地位，网络平台行使公法权力，却披着私法的外衣，逃逸了与公权力相伴相生的权力监督体系，由此产生权力的肆意性，如对政府网络信息监管行为缺乏有效法律制约、对网络平台过度限制公民网络表达自由缺乏合理救济等。

（一）政府网络信息内容监管行为缺乏充分的法律制约

政府网络信息内容监管在行政立法和具体行政行为方面都面临着一定的监督制约困境。

1. 网络信息内容监管多头立法扩大了网络平台商的审查义务

目前，我国网络信息服务领域缺乏全国人大及其常委会制定的综合性的基础法律，2000年实施、2011年修订的《互联网信息服务管理办法》（以下简称《办法》）作为行政法规，已是网络信息服务领域的最高位阶立法。其与网络信息内容监管相关的职能部门颁布的大量部门规章和规范性文件，构成了网络信息内容监管规范体系的主体部分。从作为基础法的《办法》看，其本身已经就网络平台的审查监管义务作出了许多明确具体的禁止性规定和审批审核要求。按照《立法法》的有关规定，其他网络监管部门在制定有关规章时，其规定的事项应属于执行行政法规的事项。但由于作为上位法的《办法》位阶不高，规章备案审查制度尚不完善，加上各类“专项整治行动”带来的强规制压力，有关规章和规范性文件常常突破《办法》确立的平台义务法律框架，规定了更加概括、宽泛的平台审查义务。例如，要求网络信息内容服务平台制定本平台网络信息内容生态治理细则，健全用户注册、账号管理、信息发布审核、跟帖评论审核、版面页面生态管理、实时巡查、应急处置和网络谣言、黑色产业链信息处置等制度。如对随意拓展平台义务的立法倾向不加以及时调整，有可能会抑制互联网内容产业的创新发展。

2. 网络行政监管行为缺乏行政法的程序性保障

根据行政法的程序正当原则，网络行政监管部门在对网络违法信息做出行政处罚时，一般应经过调查、认定、听取相对人申辩、说明理由等行政程序。在行政处罚程序存在瑕疵时，相对人可据此提起行政复议或（和）行政诉讼寻求行政或司法救济。但在网络媒体时代“政府—平台—个人”的三元网络内容监管模式中，行政监管部门与用户并不发生直接的行政管理关系，而是“退居幕后”，由作为“监管代理人”的网络平台商，在互联网信息服务合同中嵌入公法义务并借此获得网络内容监管职权。无论是按照相关立法确定的违法违规信息类型，还是根据网络监管部门的行政命令、行政指导建议执行网络信息审核、过滤、删除等法定审查义务，都是对用户的网络言论表达权进行单方面的实质性处置。若用户对这些监管措施产生异议，都无法依据行政法提起行政复议和行政诉讼，而只能依据仅具有形式意义意思自治的网络信息服务合同提起民事诉讼。不少美国学者也发现了“网络服务协议”在网络行政监管行为和用户之间的“隔离”效果，有论者指出：“互联网协议合同有效地保护了政府的删除信息请求免于受到宪法审查”；〔8〕还有的认为：“私主体开展网络审查并不受宪法限制，其也没有责任尊重言论自由和其他基本权利，因此，政府和网络服务商之间非正式的公私合作，使得政府绕

〔8〕 Jacquelyn E. Fradette, *Online Terms of Service: A Shield for First Amendment Scrutiny of Government Action*, 89 Notre Dame Law Review 947, 949 (2013).

开了宪法的约束”〔9〕。网络监管部门不直接面对行政相对人实施内容审查,规避了公民权利的相关保护机制,使其行使网络信息监管之公权却无对应之责任,导致权力因监督缺位而易被滥用。

(二) 网络平台单方面处分公民基本权利而缺乏合理救济

在网络信息内容三元规制模式下,网络信息审查标准由政府监管部门制定,由作为私主体的网络平台执行。掌权者与受权者之间形成法理上的代理人与委托人关系,因信息不对称、授权不明确等因素,从而诱发代理人风险,并导致双方都不信任的“囚徒困境”。甚至是越强化政府干预,违法犯罪现象就越严重,越是开展“严打”活动或“专项治理”,越可能发生代理人风险或逆向选择。〔10〕在网络信息内容监管方面,为了实现其在信息传播领域的行政监管职能,政府倾向于在立法层面不断强化网络平台审查监管的行政义务。抽象、模糊的信息审查标准,叠加日益趋严的平台注意义务,使得网络平台不得不从严执行信息审查标准,以避免因违反法定行政义务而承担相应的法律责任。而网络平台对用户信息的审查,无论是过滤、屏蔽等事前审查,还是删除、封号等事后审查,都是在单方面处分公民基本权利而脱离公法规则的约束。

1. 网络平台趋严审查公民网络表达自由具有多重动机

要求网络平台承担主动、全面的信息审查注意义务,并为此承担无过错责任,是网络平台采用高于法定标准进行网络信息审查的首要原因。一方面,网络平台面对海量的网络信息,即使平台不断加大人工审查力度,穷尽所有过滤技术,也难以识别、过滤、删除所有违法信息。而且,不断增加内容审查人员、更新过滤技术,还将极大增加网络平台企业的运营成本,消解内容创新投入,这也成为平台转向更低成本的严格审查标准的重要因素之一。另一方面,网络平台既不是信息审查标准的制定者,也不具备对信息违法违规性进行事实与价值判断的专业能力。目前网络信息审查的法定范围和标准,散见于以《网络安全法》为基本法律、以《互联网信息服务管理办法》为行政法规的互联网法律体系中。其中,《网络安全法》对违法网络信息的范围进行了大致划分,《互联网信息服务管理办法》基本是对《网络安全法》所列违法信息的重复列举,更具可操作性的《网络信息内容生态治理规定》,虽然增加了网络不良信息的认定范围和标准,但对违法信息仅做了有限的扩充和具体化。其中,“谣言”“色情”“低俗”“庸俗”的认定需要复杂的事实认定和逻辑推理过程,“经济秩序”“社会秩序”具有抽象概括性,加上兜底条款的设定,都让不具备专业执法技术和能力的网络平台在进行信息审查时困难重重。且网络平台不仅要明显违法信息进行主动审查,还要对“苗头性、倾向性”的信息进行预防性审查,加上结果主义的归责标准,为了减少承担行政法律责任的风险,网络平台只能执行宽泛的网络信息审查标准。此外,网络平台还基于其他动机,致力于建立并执行平台内部的网络信息内容治理制度,这些动机包括保持持续的盈利能力、满足现有的和潜在的业务合作伙伴对标记、过滤、删除网络信息的需求、维护社交媒体平台社区秩序以吸引新用户等。

2. 网络平台单方面处分公民基本权利却脱离公法规则的约束

网络平台与用户签订的互联网信息服务协议,虽然在法律性质上属于民事法律合同,但事实上确立的是以处分公民基本权利为内容的行政管理与被管理关系。网络平台实际享有了规制网络表达自由的规则制定权和实施权,以及与基本权利有关的争议裁决权,但脱离了行政法基

〔9〕 Niva E. Koren, Eldar Haber, *Governance by Proxy: Cyber Challenges to Civil Liberties*, 82 Brooklyn Law Review 105, 106 (2016).

〔10〕 参见唐清利:《公权与私权共治的法律机制》,载《中国社会科学》2016年第11期。

本原则，如信息公开透明、公众参与、说明理由和公法审查等的制约。为此，有学者甚至认为，平台经营商的行为可能类似于专制君主，他们声称要善意地行使权力，但是他们在规制网络言论时会作出任意的排除和判断。^{〔11〕} 网络平台对网络信息内容的规制可以分为事前预防性审查、事中举报投诉处理和事后处置三个阶段。以行政法律关系应遵循的基本原则为参照系可以发现，在网络信息内容规制的各个阶段，网络平台均对公民网络表达权进行实际处分而未以行政法基本原则为遵循。

在事前预防性审查阶段，大部分网络平台在网络服务协议中列举不得发布和传播网络负面信息的类型，同时建立以关键词过滤为手段的技术性审查机制，从源头上防止违法违规信息的生产和传播。在这一阶段，网络平台实际行使了类似行政立法的网络内容审查规则制定权，应保障公众广泛参与行政立法。但实践中网络用户往往无法参与违法违规信息的范围和认定标准的制定，即使由网络平台单方制定的规则有损于其个人权利，其亦不具有修改异议权，且因对平台信息服务的依赖性，一般都选择全盘接受。而对于基于关键词的技术性过滤机制，也因关键词笼统、模糊，或实践中未建立统一的标准体系而缺乏明确清晰的认定标准。

在事中举报投诉处理阶段，网络平台依据法律法规规定或用户服务协议规定的用户投诉举报机制，对用户提出的举报投诉进行内部处置。“虽然网络平台具有的争议处置权本质上是诉前的内部争议裁决，并非终局性争议判定”^{〔12〕}，但鉴于网络服务协议的民事法律合同性质和巨大的诉讼成本，网络平台对网络内容争议纠纷的裁决，实践中往往是终局的。也就是说，网络平台实际上行使了准司法权，应履行公开透明、说明理由的正当程序。比如，对投诉举报的数量和类型、投诉举报处理过程和结果等信息应对广大用户进行公开，对每一项投诉举报，应就处理结果对举报投诉双方当事人逐一说明理由，而不是提供格式化的处理决定。

在事后处置阶段，网络平台根据主动调查或用户举报投诉，对其认定的网络负面信息采取删除、屏蔽、断开链接、禁言、关闭账号等直接影响用户网络表达自由权行使的处理手段。网络平台对网络负面信息的处理方式类似行政处罚，根据《行政处罚法》的规定，行政处罚的依据、种类、幅度必须对外公布，行政相对人对行政处罚有权陈述、申辩，对行政处罚不满可提起行政复议和（或）行政诉讼。从网络平台的事后制裁措施看，其程度轻重不一，但各措施的适用标准及其之间的关系，并未在网络服务协议或用户协议中做明确说明。在救济方式方面，虽然大多数网络平台都规定用户在因发布违法不良信息被制裁后，可以提起申诉复核，但与投诉举报处理决定一样，这种申诉复核程序属于平台内部机制，只能依据网络协议提起民事诉讼而不能诉之行政复议和（或）行政诉讼，而前者对公民基本权利的保护力度明显弱于后者。

三、网络平台权力公法规制的理论进路

2021年1月8日，因时任美国总统的特朗普不满美国大选结果，煽动一批支持者暴力冲击美国国会大厦，美国社交网站推特以“担心进一步煽动暴力的风险”为由，宣布永久封禁特朗普的个人账号，在全球引发了人们对网络巨头企业过度限制言论自由的担忧。德国总理默克尔表示，言论自由这一基本权利可以被干预，但要根据法律和立法者定义的框架，而不是根据社

〔11〕 See Jack M. Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, 51 U. C. Davis Law Review 1149, 1195-1196 (2018).

〔12〕 郭渐强、陈荣昌：《网络平台权力治理：法治困境与现实出路》，载《理论探索》2019年第4期。

自媒体平台管理层的决定。^{〔13〕}言论自由在各国都属于依据宪法予以保护的基本权利，对于网络平台在与用户的私人法律关系中处分基本权利的行为，能否纳入宪法的调整范围，可从“国家行为”理论和“基本权利第三人效力”理论两个宪法性理论中寻找法理依据。

（一）“国家行为”理论

对于宪法如何在私人关系中产生效力，学界较有代表性的理论主要是美国的“国家行为”理论和德国的“基本权利第三人效力”理论。在“国家行为”原则下，宪法规范只约束国家行为，私人行为不受宪法限制。只有其具有国家行为因素，如承担公共职能、国家超越职权、国家不作为等，私人行为才适用宪法的基本权利规范。从表面上看，网络平台对网络表达的审查监管行为实际承担了国家保护公民基本权利行使的公共职能，具有国家行为因素，可以直接将其网络审查行为转化为国家行为进行约束。但是，“国家行为”理论建立在公法和私法截然不同的基础上，直接运用这一理论约束网络平台对用户基本权利的不当影响，将面临一个基本问题：这一理论将与言论相关的利益冲突当然地视为言论者与政府间平衡的二元关系，这与网络信息时代“言论者—网络平台—政府”的三元网络表达监管模式不相契合。“国家行为”理论可能会过度简化网络条件下实际上更为复杂的各个权利和利益冲突。

网络平台对网络信息内容的审查行为，同时具有公法和私法的双重属性和功能。在私法方面，网络平台的主要盈利模式是“注意力经济”，其通过算法分析网络用户的内容偏好，对网络内容和用户进行精准匹配，通过最大限度满足用户的网络内容需求，吸引用户登录平台阅读内容，尽可能延长用户使用平台的时间。一方面，这增加了用户对网络广告的注意力，为网络平台获取广告收入；另一方面，用户对内容匹配的满意度越高，就越愿意提供能为平台带来巨大利润的个人数据。在公法方面，网络平台需要根据互联网法律法规和网络监管部门制定的法定标准，对有害信息进行甄别、筛选、屏蔽、删除等。这种公法和私法不同属性和功能交融在网络平台基于同样的网络内容作出的同一审查行为，你中有我、我中有你，已无法进行明确拆分。例如，某项网络内容能给平台带来更多的盈利，平台为这一内容提供更多可见性在私法上是合法的，但对于平台同时应承担的公法审查义务来说，却未必是合理的。再如，网络监管部门常常鼓励或要求网络平台在平台规则或“网络社区公约”中嵌入公法上的有害信息标准，但最终决定网络内容合法性的是网络平台制定、解释和执行其内部自治规则的私法行为。

对于“国家行为”理论在互联网言论自由领域的不适应性，美国学者也进行了反思，认为其不适应性具有三重原因：一是在电子化生态系统中，政府显然并没有损害个人权利的独特权力；二是在网络信息技术条件下，国家和网络平台公司所发挥的作用及其行为的后果已经趋于一致，以公私法的根本对立为主要内容的“国家行为”理论已经不适用；三是即使视网络中间商拥有与网络用户一样的言论自主权和自由，这一理论仍会破坏这些价值，因为与禁止和操控受害者的言论自由相比，这一理论一贯更倾向于保护加害人的言论自由。^{〔14〕}

（二）“基本权利第三人效力”理论

关于宪法规范是否约束平等主体间的法律关系，另一个重要理论是以德国为代表的“基本权利第三人效力”学说。“基本权利第三人效力”是指传统上针对国家权力的基本权利效力及于国家与公民关系之外的第三人，即拘束私人与私人之间的关系。^{〔15〕}根据宪法的基本权利规

〔13〕 详见 <https://world.huanqiu.com/article/41TbjRFF4CK>, 2021年7月23日访问。

〔14〕 See Moran Yemini, *Missing in "State Action": Toward a Pluralist Conception of The First Amendment*, 23 Lewis & Clark Law Review, 1149-1220 (2020).

〔15〕 参见陈新民：《德国公法学基础理论（上卷）》，法律出版社2010年版，第330—386页。

范是否可直接适用于民事法律行为,基本权利第三人效力又分为基本权利对第三人的直接效力和间接效力。基本权利直接第三人效力说认为,宪法基本权利规范可作为法院裁决民事争议的法律依据,在私人法律关系中直接适用。由于这一学说存在模糊公私法界限,导致公权力过多干预、甚至侵犯私人自治权等问题,有学者提出基本权利间接第三人效力说,认为基本权利不能对私人法律关系产生直接效力,基本权利规范只有转化为具体法律,才能约束私法关系当事人。曾完全接受德国“基本权利第三人”理论的本国公法界,近年来也对这一理论进行了完全否定。我国也有学者对基本权利第三人间接理论进行彻底批判^[16],有的学者甚至直接指出,基本权利对第三人无效。^[17]但鉴于网络平台依据网络用户协议或服务协议对用户言论自由进行处分时,有可能侵犯用户的基本权利,部分学者建议借鉴“基本权利第三人间接效力”理论,寻求运用公法规范拘束网络平台对网络言论自由的规制权力。^[18]

“国家行为”理论和“基本权利第三人效力”理论客观上都基本权利适用于私法关系,但因适用方式不同而具有截然不同的性质。适用“国家行为”理论的前提是私人关系中必须具有“国家行为”因素,是基本权利的消极保护方式,体现的仍然是公法—私法对立分离的法理思维。而“基本权利第三人间接效力”理论则主动适应公法和私法在法律体系和法律秩序中的相互融合和渗透,以一种更积极、直接的公民权利保护方式,即国家主动发挥能动作用进入私法领域保护个人自由。即使作为“国家行为”理论发源地的美国,也有一些学者建议借鉴德国基本权利第三人效力理论,约束网络平台权力,维护用户言论自由。例如,美国网络法之父莱斯格教授对德国基本法的第三人间接效力学说持赞同态度,他认为在网络时代,对于来自私人的言论自由威胁,美国宪法无能为力,但在德国,不需要将私人行为转化为政府行为即可适用宪法,在这一理论下,用户的网络言论自由能够得到宪法保障。^[19]还有美国学者在探讨对网络平台删除用户内容的决定进行司法审查时,不无羡慕地提到2018年德国法院运用基本权利第三人效力理论,在至少3个案例中,要求脸书公司在根据服务条款决定是否删除网络内容时,必须遵守基本权利规范。^[20]

我国法院对宪法基本权利条款在互联网领域私人间法律关系中是否具有直接效力也持肯定态度。司法实践中已经出现“金山安全公司诉周鸿祎案”“余丽诉新浪公司案”“方是民与崔永元名誉权纠纷案”等平等主体之间的网络言论自由纠纷。在这些案例中,法院直接援引宪法的基本权利规范作为裁判依据,即法院认为公民个人可以向第三人主张言论自由。但对于网络用户因网络平台侵犯其言论自由而引发的民事法律纠纷,法院的态度却很模糊。最高人民法院2009年发布的《关于涉及互联网管理案件立案审查工作的通知》中,要求各级法院不予受理因互联网监管审查引发的民事、行政纠纷。^[21]而在2018年我国成立首家互联网法院后,最高人民法院在《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》中列举的互联网法院受案范围则基本是民事纠纷,唯一提到的行政纠纷仅指因行政机关做出互联网信息服务管理、互联网商品交易

[16] 参见李海平:《基本权利间接效力理论批判》,载《当代法学》2016年第4期。

[17] 参见黄宇晓:《论宪法基本权利对第三人无效力》,载《清华法学》2018年第3期。

[18] 参见陈道英:《互联网条件下对我国〈宪法〉第35条的解释》,载《中国宪法年刊》2015年第13卷;孔祥稳:《网络平台信息内容规制结构的公法反思》,载《环球法律评论》2020年第2期。

[19] 参见[美]劳伦斯·莱斯格:《代码2.0:网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社2009年版,第343—344页。

[20] See Hannah B. Wehba, *Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State*, 72 SMU Law Review 27, 77 (2019).

[21] 参见陈道英:《互联网条件下对我国〈宪法〉第35条的解释》,载《中国宪法年刊》2015年第13卷。

及有关服务管理等行政行为而产生的行政纠纷,将网络平台做出的互联网服务管理行为引发的纠纷排除在外。

有学者提出,运用宪法对第三人的间接效力处理网络言论自由案例具有可行性,“因为宪法对第三人间接效力从本质上而言并不是宪法的司法适用,而是法院对法律进行的合宪性解释,而由法院进行合宪性解释却是完全能够被我国的宪法制度所包容的”。〔22〕另有学者提出,可将基本权利的保护要求,在互联网立法中,以制定法的形式在私人间法律关系中实现具体化。〔23〕从基本权利第三人效力理论应用于对网络平台权力进行公法约束的具体方式看,在互联网立法中增加网络平台对用户基本权利的保护要求,或在审理网络平台涉嫌侵犯用户言论自由的民事法律纠纷时,通过对民法的转介条款进行合宪性解释,从而为用户的言论自由提供司法救济,均可弥补公法在涉言论自由的网络平台与用户间民事法律纠纷中的缺位。但“将平台的审查义务标准直接转介于侵权责任法的安全保障义务之中,无异于抬高了技术标准,要求安保义务人承担近似于无过错责任的侵权责任。由此,会导致公法与私法之间的体系性碰撞”。〔24〕除此之外,对于确认网络平台与用户间涉言论自由的权利义务关系具有决定性作用的互联网服务协议,引入公法的实体正义价值和程序正义价值,既可对网络平台行为进行公法约束,又可防止公法对私法的不当干预,也可成为基本权利第三人效力理论应用于网络信息内容公私法混合治理的有效方式,在我国当前法律制度实践下,更具有现实性和可操作性。

四、网络信息服务协议的实体性和程序性要求

网络服务协议或用户协议决定了网络平台和用户间的权利义务关系,是网络平台实施互联网内容规制的权力来源和主要依据。网络平台具有的公共属性和对网络公共领域所具有的强大治理权力,决定了网络服务协议不能被视为普通的民事合同,而应嵌入公法的实体性和程序性价值。

(一) 网络信息服务协议的实体性要求——比例原则

比例原则起源于德国,是德国宪法与行政法领域的基本原则,后来不但逐渐被许多国家接受,而且突破公法领域,开始影响至刑法、诉讼法等领域,甚至传播至法律性质截然不同的私法领域。〔25〕不过,也有学者对比例原则的普遍化进行了反思,主张“比例原则应该寄生于一种‘限制公权力滥用’的观念”,“在对其优势和限度作出双重承诺的前提下,积极主张它对保护公民权利和限制公权力滥用所具有的普遍意义”。〔26〕还有学者认为,“比例原则具有实现国家权力结构的平衡,实现权力与权利、权利与权利的平衡,实现政府与市场的平衡等多种功能”,“比例原则应当成为权力与权利行使的基本准则”。〔27〕

在行政法领域,比例原则是指行政权力的行使要具有法律依据,而且实现行政目标所使用的行政手段要与行政目标达到最佳匹配,因达到行政目标而采取的行政行为导致的损害要降到最低程度。〔28〕网络信息服务协议是网络平台借以执行具有公法性质的网络信息监管任务的民

〔22〕 陈道英:《互联网条件下对我国〈宪法〉第35条的解释》,载《中国宪法年刊》2015年第13卷。

〔23〕 参见孔祥稳:《网络平台信息内容规制结构的公法反思》,载《环球法律评论》2020年第2期。

〔24〕 万方:《公私法汇流的闸口——转介视角下的网络经营者安全保障义务》,载《中外法学》,2020年第2期。

〔25〕 参见陈景辉:《比例原则的普遍化与基本权利的性质》,载《中国法学》2017年第5期。

〔26〕 蔡宏伟:《作为限制公权力滥用的比例原则》,载《法制与社会发展》2019年第6期。

〔27〕 刘权、应亮亮:《比例原则适用的跨学科审视与反思》,载《财经法学》2017年第5期。

〔28〕 参见刘权、应亮亮:《比例原则适用的跨学科审视与反思》,载《财经法学》2017年第5期。

事格式合同，是公法与私法相互交融的中间地带。在网络信息服务协议条款中适用比例原则，就是要在网络平台保护基本权利的公法义务和平台经营自主的私法自治之间达成恰当的比例，为网络平台过度干预公民网络言论自由划定公法的防火墙，同时强调和保障协议的私法本质，防止公法义务对契约自由的不当侵蚀，保证网络平台的经营自由和交易秩序，保护并推动互联网产业的内容创新。

一般认为，广义的比例原则包含适当性原则、必要性原则和狭义比例原则三个子原则，但不少国家法院在适用比例原则时，开始重视审查行政行为目的正当性，从而将比例原则的三个子原则扩充为四个。有学者认为，“完整的比例原则或合比例性审查包含正当/合法目的、适当性、必要性、狭义合比例性四个方面应是理论共识”。^[29]为此，拟按照比例原则的四阶子原则，对网络信息服务协议的实体性要求进行逐一阐释：（1）目的正当性原则。网络平台在对网络信息采取过滤、删除、屏蔽等可能影响用户网络言论自由的技术措施时，具有履行法律法规赋予的信息审查义务、遵守网络平台公约或用户协议、维护良好网络信息内容生态的正当性。如果因用户身份、终端软件环境或出于不正当竞争的目的而采取限制权利的行为，则视为不符合目的正当性原则。（2）适当性原则。在网络服务协议实体性要求上，比例原则的适当性原则具有两个面向。一方面，法律法规为加强网络空间公共治理要求网络平台承担的信息审查义务应具有适当性。鉴于网络平台并不是信息审查标准的制定者，也不具备信息判断的专业能力，如果要求网络平台承担主动、全面的审查义务，将会产生信息审查的“避险效应”，导致网络平台采取的信息监管措施超过合理限度，妨碍了正常的信息传播和交流，也会因不断加大的信息审查成本而限制网络平台的经营自主。另一方面，网络平台对用户采取的信息监管措施也要有助于净化网络生态、维护良好网络秩序，不能为了规避承担信息审查责任而对网络信息矫枉过正，对用户的网络言论自由造成不当限制。（3）必要性原则。这一原则要求网络平台在对违法违规信息进行处理时，在过滤、删除、禁言、短期封停账户、永久封停账户等众多信息监管措施中进行恰当选择。如果删除就能净化网络空间，就不需要采取禁言措施。如果删除不良信息后，同一用户又反复生产或传播类似信息，则采取禁言的措施就显得有必要。（4）均衡原则，即狭义比例原则。网络平台通过网络信息服务协议进行网络内容规制时，为了实现网络空间治理目标，必然会对公民的言论自由、隐私权进行一定限制。在网络内容创业不断蓬勃发展的当下，网络内容规制还可能对用户的财产权利产生不利影响。同时，网络内容规制还可能造成不同用户间的权利冲突，如言论自由与隐私权的冲突、信息权与财产权利的冲突。网络信息服务协议要在实体上符合均衡原则，需要规定平台在对违法信息进行处理时，要根据信息的内容、性质和不同社会危害程度，决定采取哪一种措施对用户言论自由带来的损害和影响最小，权利冲突下哪一种权利在具体情境中处于更重要的、需要优先保护的地位。同时，均衡原则还体现在网络内容规制措施要与平台技术审查能力、运营成本成比例，同时不能突破平台过滤技术或不当增加企业成本。

（二）网络信息服务协议的程序性要求——正当程序

网络信息服务协议作为公私法关系汇集地，对其提出实体正义要求是为了防止公法对契约自由和意思自治等私法原则的侵蚀和破坏。而网络内容监管从国家一言论者的二元模式向国家一私人规制者一言论者三元模式的转变，使得程序性规则对于保护用户基本权利的价值和作用尤为突出。正当程序原则在网络信息服务协议中的应用，可以对平台权力进行程序性约束，有

[29] 蔡宏伟：《作为限制公权力滥用的比例原则》，载《法制与社会发展》2019年第6期。

效防止权力的肆意性，为网络平台处分用户基本权利行为的结果公平提供过程保障。网络平台对网络信息内容具有单方面运营、监管、制定并实施治理规则政策并对违法信息进行处置的权力，其行为性质已具备行政主体行使的行政行为的特征，行政主体做出行政行为应遵循的行政法程序也应体现在规定平台和用户权利义务关系的网络服务合同中。

1. 公开透明原则

在行政法领域，信息公开是权力的“防腐剂”。网络平台凭借技术、信息和平台优势，在网络内容规制方面与用户间存在明显的信息不对称。首先，网络平台是互联网架构的搭建者、维护者和网络内容过滤技术的掌握者；其次，网络平台是法定违法违规信息标准的执行者和平台网络社区内部监管标准的制定者；再次，缺乏用户实质性互动参与，网络平台规制网络内容的流程处于“秘而不宣”的状态。为此，需要在网络信息服务协议中贯穿公开透明原则，以弥合平台与用户间的信息鸿沟，对网络平台在内容规制方面的强势有利地位进行合理限制。一是在服务协议中清晰、明确地载明平台采取信息监管措施的具体依据，包括法律、法规规定的违法信息种类和平台内部违法内容标准。二是在协议中公开说明实施内容规制的平台内部机构、信息过滤的各种技术手段、所适用的具体办法、环节和步骤。三是在协议中确定关于用户信息披露和删除的定期透明度报告机制，定期向用户公开平台依法、自主或根据举报进行过滤、删除的信息数量、种类及针对不同种类信息采取不同监管措施的具体标准等。目前，世界主要互联网巨头，如谷歌、脸书和油管等，都建立了年度透明度报告制度。我国国内互联网平台也应建立类似透明度报告机制，以信息公开促使平台严格限制对用户言论表达的不当干预，也为互联网用户的网络表达行为提供预期和指导。我国于2021年8月20日颁布的《个人信息保护法》中，已经规定网络平台要定期发布个人信息保护社会责任报告，这标志着建立信息公开机制已经成为网络平台的法定义务。

2. 说明理由

网络平台对用户内容做出的处理决定，无论是删除、屏蔽还是封禁账号，都对用户的网络表达自由构成不利影响，应比照行政程序的说明理由制度，提供充分的理由说明。“如果平台未能发布有关他们如何、何时以及为何对网络内容采取措施的信息，只会让人怀疑他们正在以任意或毫无根据的方式应用自己的（秘密）规则。”^{〔30〕}当然，鉴于网络服务协议的格式合同性质和网络平台需要审核的海量信息内容，在处理每一条违法违规信息时都逐一说明理由，既不现实也不经济。可能的解决办法是，根据违法违规信息的不同种类，分别为用户提供不同的处理依据。在用户收到一类处理依据并提出异议时，再根据所涉信息的具体内容提供更细化和特殊的理由进行说明。

3. 公众参与

网络平台私主体的性质和互联网即时性、全球性和交互性的特征，决定了对网络平台的规制应实行以自我规制为主、政府规制为辅的合作规制，或称为“受规制的自我规制”。从平台经济的角度看，自我规制为主的平台规制模式，对于释放网络平台数字经济活力，鼓励互联网新技术、新业态创新具有不可替代的价值。但在网络内容治理领域，网络平台的网络内容治理实际上履行了公法上的网络监管权，对用户的基本权利构成实际处分，因此，网络平台的自我规制也应以开放的态度，吸收用户等利益相关主体参与全过程的网络内容治理措施的制定和实

〔30〕 Hannah B. Wehba, *Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State*, 72 SMU Law Review 27, 74 (2019).

施。当然，面对即时、海量、多样化的网络表达内容，在网络内容治理中加强公众参与需契合互联网自身规律，体现便利和高效的原则。例如，在对平台隐私政策、服务条款和网络社区标准进行修改时，除了对用户尽到通知义务外，应设置专门评论发表、收集、反馈机制，让用户实际参与内容规制标准的制定。又如，可引入第三方评估机制，加强对网络平台内容规制的外部监督。2018年11月，互联网巨头公司脸书成立了一个独立的内容监督机构，对用户发布的内容进行上诉审查并向脸书提出内容审核的政策建议。脸书监督委员会的设置在为公众参与网络平台治理和网络内容审核方面开了先河。从我国的角度看，正式颁布的《个人信息保护法》规定网络平台应成立个人信息处理活动的外部监督机构，对网络平台的网络内容规制引入公众参与和外部监督机制，也有望提上立法日程。

4. 申诉救济

实践中，网络用户协议规定网络平台主动发现违法违规信息而采取删除、屏蔽、注销账号等审查措施时，主要基于平台自身判断单方面作出处理决定，受处理用户一般缺乏申诉救济渠道。对于因其他用户举报而发起的内容审查，一些服务协议，如《微信软件许可及服务协议》，甚至规定可不经通知随时对相关内容进行删除、屏蔽，申诉处理依据与过程的透明度都不足。网络平台与用户间因内容监管行为引发的纠纷具有海量、轻微的特点，不适宜运用仲裁或诉讼等用于解决重大纠纷的救济手段，也不宜采取行政法上正式的行政裁决或行政听证制度，这些公法上的正式救济渠道都存在救济成本高、耗时长的问题，难以适应互联网发展规律和网络平台自身运营需要。较为可行的方式是由网络平台在网络信息服务协议中设定非正式的内部申诉程序，允许用户就违法违规信息标准、处理结果的合法性和正当性提出辩解和申诉。该内部申诉程序具体设计可由平台根据自身特点和运营需要自行决定，但要以用户需求为导向，易于识别、便于使用，并提供投诉处理的程序保障和组织保障。在程序方面，要规定网络平台及时将被禁止信息的处理结果及时告知投诉人或其他相关人员并提供理由说明。如2021年2月22日施行的《互联网用户公众账号信息服务管理规定》首次对网络信息服务平台的申诉救济机制进行具体规定，要求公众账号信息服务平台应当在显著位置设置便捷的投诉举报入口和申诉渠道，公布投诉举报和申诉方式，健全受理、甄别、处置、反馈等机制，明确处理流程和反馈时限，及时处理公众投诉举报和生产运营者申诉。在组织保障方面，可参考德国2017年通过的《网络执行法》，要求网络平台对申诉情况进行定期检查，对申诉处理人员定期进行培训。

结 语

网络信息传播技术的变革催生了“政府—平台—个人”的三元网络内容监督模式，作为网络信息传播关键节点的网络平台，既在网络言论自由方面极大赋权于网络用户，又因其强大的信息和技术优势而成为网络言论“天生的审查者”。对于以“私法”之名行“公法”之实的网络平台权力，在理论进路上可纳入“基本权利第三人效力”的宪法性理论框架以寻求公法约束与私法自治之间的法律平衡。在法律实践上，鉴于网络服务协议或用户协议是网络平台实施内容规制的主要依据，应对其提出公法上的实体性和程序性要求，从而将“基本权利第三人效力”理论有效应用于网络信息内容的公私法混合治理，力求对网络平台的网络内容规制权施加公法上的约束，防止其对公民的基本权利的不当限制，同时也要尊重其作为私主体的经营自由，维护并激发互联网内容产业创新的动力和活力。

（责任校对：张军历）